

Sygn. akt: KIO 1933/19

WYROK
z dnia 15 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**
Członkowie: **Bartosz Stankiewicz**
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2019 r. przez wykonawcę Maldrobud Sp. z o.o. Sp. k. w Myśliborzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie

przy udziale wykonawcy Saferoad Grawil Sp. z o.o. we Włocławku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Maldrobud Sp. z o.o. Sp. k. w Myśliborzu i:

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Maldrobud Sp. z o.o. Sp. k. w Myśliborzu tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy Maldrobud Sp. z o.o. Sp. k. w Myśliborzu na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 15 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1933/19

Zamawiający Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S-6 administrowanej przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie wraz ze wszystkimi jej elementami z podziałem na 3 części”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 050-115157., zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 19 września 2019 r. zamawiający poinformował wykonawcę Maldrobud Sp. z o.o. Sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, dalej zwanego jako „odwołujący”, o czynności uznania, że w wyniku badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień odwołującego, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., zamawiający odtajnia treść wyjaśnień oznaczonych kolorem czerwonym w piśmie oraz załączniki do rzeczonoego pisma. Od tej czynności zamawiającego w dniu 30 września 2019 r. odwołujący wniósł środek zaskarżenia, w którym postawiono zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) przez nieuprawnione uznanie, iż informacje zastrzeżone przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 20 sierpnia 2019 r. dla części 1 i 3 zamówienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Maldrobud Sp. z o.o. Sp. k. w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji - podjęcie decyzji o odtajnieniu przedmiotowych informacji z dniem 1 października 2019 r., co jako czyn nieuczciwej konkurencji stanowi naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności w zakresie podjęcia decyzji o odtajnieniu z dniem 1 października 2019 r. informacji zastrzeżonych przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 20 sierpnia 2019 r. jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego dla części 1 i 3 zamówienia oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz

odwołującego kosztów postępowania wedle spisu kosztów i rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje. Odwołujący wskazał, że w wymaganym terminie zastrzegł, że sporne informacje w jego wyjaśnieniach nie mogą być udostępniane oraz wykazał, iż stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o odtajnieniu poprzestał na zacytowaniu wybranych orzeczeń KIO, nie dokonując faktycznej analizy dokonanego przez odwołującego zastrzeżenia, na gruncie okoliczności niniejszego postępowania. Zamawiający skupił się w zasadzie wyłącznie na kwestii nieudowodnienia przez odwołującego, że podjął odpowiednie działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Tymczasem, jak podkreśla się w orzecznictwie, zgodnie z treścią przepisu art. 8 ust. 3 p.z.p., wykonawcy w celu skutecznego zastrzeżenia swojej tajemnicy przedsiębiorstwa nie muszą dowodzić, a jedynie wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego w sposób obiektywny wykazano, że wykonawcy zależy na nieujawnianiu do publicznej wiadomości treści zastrzeżonych, a także że informacje te nie zostały ujawnione i podjęto właściwe oraz niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. W szczególności, że odwołujący wskazał na zabezpieczenie systemu informatycznego i procedurę wewnętrznego obiegu dokumentów, a także zachowanie tajemnicy przez pracowników.

Odwołujący stwierdził dalej, że zamawiający – oceniając zasadność zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa – nie powinien opierać się wyłącznie na samym uzasadnieniu zastrzeżenia przedstawionym przez wykonawcę (choć niewątpliwie jest to dokument kluczowy). Zamawiający musi przede wszystkim zestawić treść tego dokumentu z zastrzeżonymi informacjami, dopiero wtedy możliwa jest ocena czy dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy też nie zasługują na tego rodzaju ochronę i podlegają odtajnieniu w oparciu o zasadę jawności postępowania (por. wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 90/18). W postępowaniu zamawiający takiego zestawienia zaniechał, poprzestając jedynie na kwestiach związanych z udowodnieniem przez odwołującego utrzymania informacji w poufności. W opinii odwołującego zamawiający w ogóle nie pochylił się nad charakterem oraz znaczeniem zastrzeżonych fragmentów wyjaśnień oraz dokumentów, do czego jednoznacznie obligują go przepisy p.z.p. i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem odwołujący uzasadniając zastrzeżenie informacji w tajemnicy odpowiednio wykazał ich charakter, co w zestawieniu z ich treścią, w sposób niebudzący wątpliwości uzasadnia ich nieodtajnianie.

Odwołujący podkreślił, że w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa rolą zamawiającego jest przeprowadzenie indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (por. wyroki KIO z dnia 17 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2745/17 i z dnia 23 maja 2019 r. sygn. akt KIO 829/19). Zdaniem odwołującego z przedmiotowej oceny nie zwalnia zamawiającego odwołanie się przez wykonawcę w wyjaśnieniach do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w brzmieniu obowiązującym przed dniem 4.08.2018 r. Uzasadnienie zastrzeżenia realizuje bowiem przesłanki wynikające zarówno z dotychczasowej, jak i obecnej definicji. Przepis art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przewiduje dostosowanie polskiej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa do definicji zawartej w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943/UE. Art. 11 ust. 4 u.z.n.k. jako tajemnicę przedsiębiorstwa określał informacje, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej (a zatem ujawnione ogółowi), z kolei art. 2 pkt 1 wskazanej dyrektywy oraz art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wymagają, aby ochroną objąć informacje, które nie zostały ujawnione do wiadomości osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, ani nie są dla takich osób łatwo dostępne.

W dalszej kolejności odwołujący argumentował, że w wyniku właściwego zabezpieczenia przed ujawnieniem jego tajemnicy przedsiębiorstwa ani odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 1806/19, tj. przystępujący w obecnym postępowaniu, ani inne podmioty, nie mogły wniknąć w obszary wiedzy zastrzeżone przez odwołującego. Odwołujący uznaje zatem, że przy zachowaniu należytej staranności podjął stosowne działania w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną.

Odwołujący wskazał również, że istnieje utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że sposób kalkulacji ceny i poszczególne czynniki cenotwórcze, ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (por. wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1021/18). Dlatego też zdaniem odwołującego zastrzeżone wyliczenia, konkretne stawki oraz dane zawarte w treści wyjaśnień z dnia 20 sierpnia 2019 r. i w załącznikach nr 1 (statystyka pod kilometromiesiąc globalnie), nr 2 (statystyka pod kilometromiesiąc dla ZUD), nr 3 (kalkulacja jednostkowa dla usług letniego utrzymania dróg dla części nr 3 zamówienia), nr 4 (kalkulacja jednostkowa dla usług letniego utrzymania dróg dla części nr 1 zamówienia), mogły i powinny być przedmiotem ochrony. Odwołujący podkreślił, że wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, że rozwiązania i sposób obliczeń zawarte w tych załącznikach są wynikiem zdobytej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, a także że stanowią informację, które mają dlań wartość gospodarczą, jako dla autora tych rozwiązań, biorąc pod uwagę możliwość

wykorzystania tych informacji przez konkurencyjnych wykonawców, w tym jak i w przyszłych postępowaniach. Jednocześnie należy podkreślić, że nie muszą to być jedynie nowe i nieznane konkurentom rozwiązania techniczne, a w szczególności rozwiązania o charakterze innowacyjnym (por. wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 197/18).

W ocenie odwołującego tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić zatem dane o czynnikach cenotwórczych, ale także o partnerach handlowych - o podmiotach, z którymi wykonawca współpracuje, skoro informacje te zostały objęte ochroną przez wykonawcę i danych tych nie można uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów, a pracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania tych informacji w poufności, zaś ich ujawnienie na etapie składania i oceny ofert może narazić wykonawcę na negatywne konsekwencje (por. wyrok KIO z 16 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 197/18). W konsekwencji, zdaniem odwołującego, absolutnie koniecznym i zasadnym było zastrzeżenie informacji ujętych w wyjaśnieniach i zawartych w załączniku nr 8 do wyjaśnień (umowa nr 143/S/LKW/2019 z dnia 29.07.2019 r. oraz w załączniku nr 9 (potwierdzenie wpłaty zaliczki z dnia 31.07.2019 r.). Odwołujący wskazał również na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 440/06.

Odwołujący wskazał, że w wyroku Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 14 sierpnia 2019 r., sygn. akt II SA/Gd 290/19) stwierdzono, że „Tajemnicę przedsiębiorcy stanowić mogą z zasady informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacje utajnione muszą przy tym posiadać określoną wartość dla przedsiębiorcy (w przeciwnym razie logicznym jest że nie utajniałby ich). Nie musi to jednak być wyłącznie wartość gospodarcza, lecz może to być szerzej rozumiana wartość, określona w każdej wymiernej postaci.” Następnie odwołujący podniósł, że z tych względów jest uprawniony do zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach i odnoszących się do nich załącznikach nr 5 (informacja w zakresie poziomu średniego zatrudnienia w „MALDROBUD” i nr 6 (zestawienie stanów ilościowo-wartościowych soli na magazynie).

Zdaniem odwołującego zamawiający nie uwzględnił faktu, że w części jawnej złożonych wyjaśnień wskazano, iż zgodnie z przyjętą w spółce strategią kadrową zatrudnia się pracowników na podstawie stosunku pracy. Stosownie natomiast do art. 100 § 2 pkt 4 i 6 Kodeksu pracy podstawowym obowiązkiem każdego zatrudnionego pracownika jest dbanie o dobro zakładu pracy, chronienie jego mienia, zachowanie w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, przestrzeganie tajemnicy określonej w odrębnych przepisach. Obowiązki te, jako wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących, nie muszą podlegać szczególnemu udowodnieniu, jak oczekiwałby tego zamawiający.

Odwołujący dodał, że powołał się w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa na dodatkowe zabezpieczenia, takie jak: zawieranie z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczenie ilości osób mających dostęp do zastrzeżonych danych technicznych i technologicznych, wprowadzenie systemu monitorowania pracy komputerów, zabezpieczanie nośników informacji, przyjęcie wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechanie publikacji danych dotyczących nowych rozwiązań i koncepcji w ogólnie dostępnych pismach branżowych, bądź ograniczaniu ich treści, zawieranie umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również pracowników i osoby z nimi współpracujące. W ocenie odwołującego potwierdza to, że środki te wykonawca faktycznie stosuje, zaś charakter informacji zastrzeżonych nie powinien wzbudzać co do tego wątpliwości zamawiającego.

Ponadto, według odwołującego, w orzecznictwie zwraca się uwagę, iż trudno wyobrazić sobie wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Nie jest zatem tak, że wszystkie przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być wykazane w drodze przedstawienia stosownych dowodów, ponieważ trudno poszukiwać dowodu na okoliczność negatywną, jaką jest nieujawnienie informacji do publicznej wiadomości.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że z art. 8 ust. 3 p.z.p., dla skutecznego zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednoznacznie określić, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnienie przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych informacji. Pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, udowodnienie, czy co najmniej uprawdopodobnienie, ziszczenia się poszczególnych przesłanek z art. 11 u.z.n.k. Jednocześnie wskazać należy, że to od charakteru i rodzaju informacji zależy czy wystarczającym będzie jedynie przedstawienie stosownego wyjaśnienia z powołaniem się na określone uwarunkowania gospodarcze, zasady działania na danym rynku, czy też niezbędne będzie przedstawienie dowodów (por. wyrok KIO z dnia 27 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2325/18).

Mając na uwadze powyższe, w opinii odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw dla stwierdzenia, że informacje, zastrzeżone przez niego jako jego tajemnica przedsiębiorstwa, zostały ujawnione do publicznej wiadomości, czy tym bardziej do wiadomości osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Nie można również zgodzić się z zamawiającym, iż

odwołujący poprzestał jedynie na przytoczeniu elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w przepisach o zakazie nieuczciwej konkurencji przesłanki.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie kosztów strony, w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. skład rozpoznający spór dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności ze złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a odwołującym oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący przedstawił odpowiedź na odwołanie, zaś zamawiający i przystępujący podtrzymali stanowiska złożone pisemnie – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Skład orzekający stwierdził również, że odwołujący, zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p., posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje dalej, że stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny. Sporna była ocena czynności zamawiającego, który w wyniku badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnił sposobu

kalkulacji ceny odwołującego uznał, że utajnione przez odwołującego wyjaśnienia, złożone pismem z dnia 20 sierpnia 2019 r. wraz z załącznikami oznaczonymi nr 1 – 6 oraz nr 8 – 9, nie stanowią tajemnicy gospodarczej, zatem należy je odtajnić.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy – w tym po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający dokonał weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami, jako niespełniających wymagań niezbędnych do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Dokonana przez Izbę kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób niebudzący wątpliwości, na prawidłowość zakwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie – jako nieposiadające uzasadnionych podstaw – należało oddalić.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 1 p.z.p. „postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”. Natomiast art. 8 ust. 3 p.z.p. stanowi, iż „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”.

Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), dalej zwanej jako „z.n.k.”, zgodnie z którą „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się

informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

W ramach uwag ogólnych należy zaznaczyć, że od dnia 4 września 2018 r., z powodu transpozycji do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem, weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1637 poz. 1637), zmieniająca uregulowania dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym niemniej, w ocenie składu orzekającego, bogaty dorobek zarówno orzecznictwa, jak i doktryny nie traci aktualności również w obecnym stanie prawnym.

Ustawodawca nie zdecydował się na radykalne zmiany co do uregulowania tajemnicy gospodarczej – również aktualnie zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, że kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki:

- w postaci materialnej, czyli:
 - 1) zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
 - 2) zastrzeżone informacje jako całość, lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- w postaci formalnej, czyli:
 - 3) uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jako reprezentatywny dla pierwszej materialnej przesłanki Izba wskazuje wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26.04.2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, gdzie wsadzano, że zastrzeżenie poufności „może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą – co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej

minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski”.

Zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyznaje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnych charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej definicję legalną tajemnicy wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu” oraz „zbioru” mają taki sam zakres – oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).

W zakresie przesłanki formalnej, dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy, należy przypomnieć, że działania takie – dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności, z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) – muszą mieć charakter czynności niezbędnych w danych okolicznościach. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak trafnie ujął to Sąd Najwyższy „podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony” (wyrok Sądu Najwyższego z 03.10.2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).

Następnie, przechodząc na kanwę p.z.p. Izba wskazuje, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 p.z.p. to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 z.n.k. Omawiany art. 8 ust. 3 p.z.p. wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21.10.2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba wskazuje, że w ustalonym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał, aby dane, które wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Odwołujący nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu, że podjął działania mające na celu ochronę zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich. Być może, w innych stanach faktycznych, wymóg ten mógłby

zostać uznany za spełniony, o ile wykonawca przedstawiłby racjonalne, logiczne i wiarygodne wyjaśnienie, a całokształt okoliczności pozwalałby na uznanie, że oświadczenie wykonawcy jest w tych szczególnych warunkach wystarczające. Tym niemniej, w okolicznościach faktycznych rozpoznawanego sporu, oświadczenie odwołującego, że podjął działania, które wskazał w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jest niewystarczające.

Skład orzekający – mając na uwadze treść i charakter zastrzeganych informacji, a także fakt, że odwołujący wskazał na szereg czynności, które w jego ocenie podjęto celem zapewnienia poufności danych – stwierdził, że brak przedstawienia dowodów budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności samych oświadczeń wykonawcy. Odwołujący, będący dysponentem i autorem dokumentów, na które wskazywał w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą handlową – umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności zawieranych z pracownikami, osobami współpracującymi i kontrahentami oraz wewnętrznych regulacji dotyczących organizacji pracy i bezpieczeństwa informacji – nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu. Poza tym, na takie trudności wykonawca nie wskazywał ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą. Skoro zatem odwołujący nie zdecydował się na przedstawienie jednostce zamawiającej i Krajowej Izbie Odwoławczej jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że rzeczony dokumenty nie zawierają treści wskazanych w uzasadnieniu tajemnicy.

Ponadto, odwołujący wskazywał, że utajnione informacje chronione są klauzulami poufności, które zawarte są w umowach z kontrahentami, kiedy przedstawiona utajniona umowa (załącznik nr 7 do wyjaśnień, umowa sprzedaży), takiej treści nie zawiera, co powoduje, że Izba uznała również te twierdzenia odwołującego za pozbawione przymiotu wiarygodności.

W ocenie składu rozpoznającego spór odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, że zastrzegane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności informacji. Zaś brak takiego wykazania, zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k., powoduje, że nie ma podstaw, aby zastrzeżenie wykonawcy uznać za skuteczne.

Na marginesie należy zaznaczyć, że trudno też uznać, że podnoszone przez odwołującego zaniechanie publikacji danych dotyczących nowych rozwiązań i koncepcji, w ogólnie dostępnych pismach branżowych, czy ograniczanie ich treści, świadczy o podjętych działaniach w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro w utajnionych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny na żadne nowoczesne, unikalne rozwiązania nie wskazywano, a wręcz przeciwnie wykonawca stwierdził, że „informacje które zostały zastrzeżone w tajemnicy stanowią know-how przedsiębiorstw świadczących usługi utrzymania dróg” (*vide* str. 11 wyjaśnień), nie są to zatem informacje właściwe tylko dla przedsiębiorstwa odwołującego.

W związku z powyższym analiza, czy przedstawione przez odwołującego treści mają walor tajemnicy gospodarczej – wobec braku wykazania przesłanki formalnej, niezbędnej do uznania zastrzeżenia poufności za skuteczne – nie była w sprawie konieczna, niemniej jednak badanie słuszności i zasadności zastrzeżenia spornych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdziło, że odwołujący nie wykazał, żeby rzeczzone informacje spełniały przesłanki materialne, wynikającą z art. 11 ust. 2 z.n.k., co jest konieczne do udzielenia wykonawcy ochrony.

Po pierwsze, należy zaznaczyć, że odwołujący w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą handlową nie zdecydował się na szczegółowe odniesienie do danych, które zastrzega. Zbiorczo wskazano na których stronach wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny znajdują się informacje, dla których odwołujący żąda utajnienia. Natomiast po lekturze uzasadnienia tajemnicy można odnieść wrażenie, że można byłoby je przyporządkować do każdego danych, niezależnie od faktycznej treści i charakteru informacji, które odwołujący zastrzega. Wykonawca posługuje się ogólnymi sformułowaniami o wartości gospodarczej, know-how, wypracowanych i zdobytych doświadczeniach, czy strategii branżowej, bez przybliżenia co rozumie przez wskazane „wymierne korzyści”, powodujące, że zastrzegane informacje stanowią chronioną wartość przedsiębiorstwa. Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji sposobu kalkulacji ceny wykonawcy.

Należy również pamiętać, że ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też, wykonawca zastrzegający poufność nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z perspektywy wykonawcy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej przedsiębiorcy.

Jednakże, tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14.09.2017 r. sygn. akt I OSK 2740/15).

Dalej Izba wskazuje, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, którym jest całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej, sposób realizacji umowy został narzucony przez zamawiającego, który udostępnił wykonawcom specyfikacje techniczne

i wytyczne wykonywania kontraktu. Zamawiający przekazał również przedmiary. Trudno zatem podzielić twierdzenia odwołującego, że w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny oferuje on niestandardowe rozwiązania, skoro zamawiający w sposób bardzo szczegółowy określił swoje potrzeby i wymagania, które każdy z wykonawców musiał wkalkulować w cenę. Nie wykazano również, aby wycena przedmiarów zamawiającego stanowiła wartość gospodarczą odwołującego, który nie zdecydował się nawet na sprecyzowanie w jaki sposób udostępnienie kalkulacji jednostkowej, wykonanej dla tego konkretnego postępowania, dawałoby przewagę jego konkurentom. W szczególności, że utajniona przez odwołującego kalkulacja, zawierająca odpowiednio 7 (załącznik nr 3 do wyjaśnień) i 6 wybranych pozycji (załącznik nr 4 do wyjaśnień), dotyczy jawnych formularzy cenowych nr 1a, które posiadają po 50 szczegółowych pozycji wycenianych przez wykonawców.

Odnosząc się do kolejnej z utajnionych informacji, Izba wskazuje, że dane zawarte na str. 2, 3 i 4 wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny (na poparcie których przedstawiono utajnione załączniki nr 1 i 2) zawierają informacje dotyczące umów realizowanych ze środków publicznych. Dane te stanowią informację publiczną i podlegają udostępnieniu na zasadach i w trybie określonym w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2019 r., poz. 1429). Dokonanie zestawienia umów w tabelach załączników, czy przeliczenie przez wykonawcę danych, które są ogólnodostępne, nie powoduje, że informacje te stają się tajemnicą gospodarczą odwołującego, ponieważ w dalszym ciągu mają walor informacji publicznej, zgodnie z zasadą jawności gospodarowania środkami publicznymi. Poza tym są to umowy, które wykonawca wskazał na str. 1 i 2 części jawnej wyjaśnień, a dodatkowo pozycje: 1, 2 i 4 załącznika nr 1 do wyjaśnień nie dotyczą wykonawcy zastrzegającego poufność.

Zastrzeżone przez odwołującego zestawienie średniego zatrudnienia, w postaci załącznika nr 5 do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zawierające stanowisko pracownika, jednostkę oraz przyporządkowaną liczbę „średniego zatrudnienia”, obejmuje dane publikowane przez spółkę w ramach sprawozdania finansowego. Ponadto, treść ta nie zawiera żadnych danych, które mogłyby mieć wartość gospodarczą i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Należy zauważyć również, iż załącznik nr 5 nie zawiera informacji dotyczących jakichkolwiek danych pracowników odwołującego, oprócz wskazania uśrednionej liczby etatów. Brak jest tam informacji np. w zakresie kwalifikacji, czy uprawnień pracowników, co mogłoby mieć potencjalną wartość, powodującą konieczność utajnienia ze względu na próby przejęcia personelu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że dla informacji z pierwszego akapitu str. 6 wyjaśnień oraz dla utajnionego załącznika nr 6 do wyjaśnień – zestawienia stanów ilościowo – wartościowych (zawierającego stan ilości i wartości dwóch materiałów), odwołujący nie wykazał, aby posiadały one wartość gospodarczą. Odwołujący wskazał, że zestawienie

dotyczy materiału, którym wykonawca dysponuje ze względu na preferencyjne ceny i korzystne warunki. Twierdzenie takie pozostało gołosłowne. Zestawienie nie zawiera danych o marżach, czy informacji o szczególnych, unikalnych warunkach z dostawcami, bowiem nie zostało w żaden sposób powiązane z relacjami wykonawcy z innymi przedsiębiorcami. Odwołujący również nie zdecydował się na wykazanie, że jego relacje z kontrahentami są chronione klauzulami poufności, co zaznaczono we wcześniejszej części uzasadnienia orzeczenia.

Skład orzekający wskazuje, że dane z trzeciego i czwartego akapitu str. 6 i ze str. 7 wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, a także z załączników nr 8 i 9 do wyjaśnień, nie zasługują na objęcie tajemnicą handlową. Kontrahent odwołującego publikuje ceny towaru objętego umową w internecie, zaś odwołujący nie zdecydował się na wskazanie, że posiada unikalne warunki, czy korzystną i właściwą jedynie dla siebie marżę, co potencjalnie mogłoby być informacją poufną. Z treści umowy, będącej załącznikiem nr 8 do wyjaśnień, wynika, że strony kontraktu również nie zdecydowały się na uznanie jej za tajemnicę i objęcie klauzulą poufności. Ponadto, trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, opisany przez wykonawcę w czwartym akapicie str. 6 i na str. 7 wyjaśnień, standardowy sposób wykorzystania sprzętu tam wskazanego, czy podane korzyści z posiadania nowego sprzętu.

Odwołujący w toku rozprawy podnosił, że z pkt 14.10 SIWZ wynika, że dla wykazania zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wystarczające jest złożenie wyjaśnień. Izba stwierdziła, że odwołujący nie zawarł tych okoliczności w treści odwołania, zatem na kanwie art. 192 ust. 7 p.z.p. zostały one przez skład orzekający pominięte. Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, że treść SIWZ nie powoduje, że wykonawcy nie obowiązują powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w szczególności, iż jego wyjaśnienia, wobec ich treści, zostały słusznie ocenione przez zamawiającego za niewystarczające.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie jako nie posiadające uzasadnionych podstaw. Odwołujący nie wykazał, że dane zawarte w wyjaśnieniach i załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorcy i wobec braku spełnienia przez sporne informacje przesłanek określonych w art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. zamawiający w sposób prawidłowy podjął decyzję o ich odtajnieniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....